Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Zuletzt möchte noch die Betrachtung hinzukommen, daß dem Pfandgläubiger für die Versagung des Rechts, gegen gleichbaldige Zahlung zu veräußern, die Befugniß zusteht, das, ihm gegebene, Unterpfand durch weitere Verpfändung zu veräußern. Da ihm dadurch (abgesehen von dem expediens der Cession) ein Hülfsmittel an die Hand gegeben wird, so möchte dieses zur Widerlegung des Einwurfs dienen, daß darum nicht anzunehmen sey, das Gesetz versage dem Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs gegen alsbaldige Zahlung, weil darin eine allzugroße Härte läge.

XIII.

Besteht die catonianische Regel in unserem heutigen Rechte noch fort?

Von
Herrn Dr. Müller, Professor in Gießen.

Diese schon von älteren Juristen behandelte [1], unter den Neueren zuerst wieder von Schömann [2] und von v. Löhr [3] zur Sprache gebrachten, von beiden aber verneinend beantwortete Streitfrage wurde von Harnier [4] wieder auf's Neue untersucht und bejaht. Während nun v. Schröter [5], v. Wening Ingenheim [6], Mackeldey [7] und

1) Vergl. diesfalls Harnier de regula catoniana. Heidelberg. 1820. p. 5. §. 3.

2) Handbuch des Civilrechts Thl. II. n. 8. S. 176 flgde.

3) In dessen und v. Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft Bd. III. S. 196. 197.

4) Harnier l. c.

5) Observationes juris civilis. Jenae 1826. obs. 6. p. 108.

6) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 103. (§. 472.)

7) Lehrbuch des heutigen römischen Rechts (8te Aufl.) §. 721.

Andere Harniers Anſicht folgen, hat in neueſter Zeit Guyet [8]) zu beweiſen verſucht, daß die von den Juriſten, insbeſondere aber von Harnier und von Roßhirt [9]) aufgeſtellten Veranlaſſungsgründe der catonianiſchen Regel ſich nicht rechtfertigen ließen, vielmehr in dem hiſtoriſch gewiſſen Umſtande zu ſuchen ſeyen, daß das ganze Inſtitut der Teſtamente dem, auf Formalitäten beruhenden, jus civile ſeinen Urſprung verdanke, ſo wie die Legate, welche unzertrennlich mit den Teſtamenten verknüpft geweſen wären. Indem Guyet dieſe Behauptung näher begründet und zuletzt zu dem Reſultate gelangt, daß die catonianiſche Regel im heutigen Rechte nicht mehr zur Anwendung kommen könnte, geht er von folgenden Geſichtspunkten aus:

„Schon daraus, daß bezüglich der Teſtamente die Rechtsregel gegolten habe: omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint [10]), müßte ſich die Nothwendigkeit der catonianiſchen Regel für die mit dem Teſtamente verbundenen Legate ergeben, und wenn in den Solennitäten etwas verſehen war, ihrer Exiſtenz eben ſo gut Eintrag geſchehen, als bei den Erbeinſetzungen. Das Gegentheil wäre ſogar mit dem formellen Charakter des strictum jus unvereinbar geweſen. Möge ſich auch nämlich die catonianiſche Regel gebildet haben zur Zeit des testamenti calati, oder — was gewiß der Fall ſey — zur Zeit des ſ. g. Mancipationsteſtaments; ſo hätten ſie jeden Falls ihren Grund in dem Umſtande, daß, wenn man einen Menſchen zu den Legatsfeierlichkeiten zugezogen habe, welcher von denſelben geſetzlich ausgeſchloſſen geweſen wäre, dieſen Solennitäten gleich bei ihrer Vornahme

8) Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. Abhdlg. V. S. 103 flgde.

9) Archiv für civiliſt. Prax. Bd. X. Abhdlg. 14. §. 2.

10) Fr. 201. D. de R. J. (50, 17.)

eine Nichtigkeit beigelegt worden wäre, die später, selbst auch nach dem nachherigen Hinwegfallen der Unfähigkeit jener Person, nicht wieder hätte geheilt werden können. Die catonianische Regel sey demnach keineswegs „als ein singulares Institut und als eine Erfindung der Willkühr zu betrachten, sondern nothwendig aus der Form hervorgegangen, in welcher Legate hinterlassen wurden."

„Anders habe sich die Sache freilich mit den Fideicommissen verhalten, welche nicht dem älteren förmlichen jus civile angehörten, formlos errichtet worden, also durch keine Form strenge gebunden gewesen seyn konnten. Dies, so wie andre Stellen aus dem römischen Rechte [11]) seyen, wenn man auch noch ganz davon absehen wolle, daß nach allgemeinen hermeneutischen Regeln ein Gesetz, welches eine Singularität einführe, wie die catonianische Regel immer sey, nicht ausgedehnt werden dürfe, hinlängliche Beweise, daß die catonianische Regel nicht für Fideicommisse berechnet gewesen. Auch dadurch, daß Constantin die Codicille und damit freilich auch für die nicht in einem Testamente errichteten Fideicommisse eine neue Form vorgeschrieben habe, sey keineswegs die Anwendung der catonianischen Regel auf Fideicommisse herbeigeführt worden. Als später Justinian die Legate den Fideicommissen gleichgestellt habe, sey auch die Anwendbarkeit jener Regel verschwunden. Dieß vermögten auch die jüngst von Roßhirt [12]) für die Fortdauer unserer Regel vorgetragenen Gründe nicht zu widerlegen, wohl aber den Einwand zu bestärken, daß Justinian den wichtigsten Grund gehabt habe, die alte Regel der Legate zu ändern, welche dahin ging, daß die active und passive Testamentifaction im Augenblicke der Errichtung des Legats vorhanden seyn müsse; denn mit dem Verschwinden

11) Fr. 1. §. 1. 5 Fr. 7. D. de legat. III (32).

12) a. a. O.

der Form der älteren Teſtamente, in welchen die Legate hinterlaſſen werden mußten, hätte der Grund der Nothwendigkeit jener Regel längſt aufgehört für alle Arten der Vermächtniſſe einer einzelnen Sache.

§. 2.

Wenn ich nun auch gleich Guyet in den von ihm, gegen die von Roßhirt aufgeſtellten Veranlaſſungsgründe der catonianiſchen Regel, vorgetragenen Punkten beiſtimme und letztere deßhalb hier nicht noch ein Mal berühre; ſo ſcheint es mir doch, als ob er die von Harnier [13]) verſuchte Entwickelung des Weſens der catonianiſchen Regel nicht hinlänglich gewürdigt habe, und daß eine genaue Prüfung jener in Verbindung mit der Form der Mancipationsteſtamente, letzteren gerade zu einem, dem von ihm aufgefundenen ganz entgegengeſetzten, Reſultate hätten führen müſſen.

Die vorliegende Abhandlung hat daher den Zweck, die für und wider die Fortdauer der catonianiſchen Regel vorgebrachten Gründe, in ſo weit ſolches, meiner Anſicht nach, noch nicht gründlich genug geſchehen iſt, einer Prüfung zu unterwerfen. Durch die Betrachtung des Inhalts und Weſens unſerer Regel, in Verbindung mit den hierauf Bezug habenden hiſtoriſchen Momenten, werden wir dann, denke ich, zu einer definitven Entſcheidung unſerer Streitfrage gelangen. Insbeſondere wird hier wichtig die urſprüngliche Verbindung der Legate mit den Teſtamenten, die frühere Geſtalt der Fideicommiſſe und die allmählige Annäherung, welche zwiſchen beiden Inſtituten, den Legaten und Fideicommiſſen, Statt gefunden hat. Denn hier erſcheint es von Bedeutung, die Geſetze in ihren ſucceſſiven Abänderungen und Modificationen zu erkennen, um ſo den Standpunkt zu gewinnen, von welchem aus Juſtinians Verordnung bezüglich der Vereinigung der Legate und Fideicommiſſe nur richtig aufgefaßt werden kann.

---

13) l. c. §. 6. seqq.

§. 3.

Celſus ſagt [14]: Catoniana regula sic definit „quod si *testamenti facti tempore* decessisset testator, *inutile foret:* id *legatum*, *quandocunque decesserit*, *non valere*...“, d. h. ein Legat, welches inutil geweſen wäre, ſobald der Teſtator ſogleich nach Errichtung des Teſtaments verſtorben wäre, kann auch ſpäter, mag der Teſtator, wenn immer, ſterben, nicht convaleſciren. Dies bezeichnet aber nichts Anderes, als ein Legat, welches inutiliter hinterlaſſen wäre, wenn der mit dem Tode des Teſtirers eintretende dies cedens mit dem dies der Errichtung coincidirte, bleibt null. Daraus folgt: 1) daß dieſe Regel für Legate gelte, alſo nicht für Erbeinſetzungen [15]; 2) daß das Legat ſogleich bei ſeiner Errichtung gültig ſeyn muß, widrigenfalls es ſpäter nicht gültig werden kann; 3) daß dieſe Gültigkeit auch am dies cedens vorhanden ſeyn muß; 4) daß dieſe Regel zur Anwendung komme, wo der dies mit dem Todestage des Teſtirers cedire, alſo nicht bei jenen, rückſichtlich welcher der dies erſt post aditam hereditatem cedirt [16], ebenſo wenig bei bedingten [17] Legaten.

Dieſe einzelnen Merkmale ſollen nun in Nachſtehendem näher und zwar einzeln betrachtet werden.

§. 4.

I. Die catonianiſche Regel gilt für Legate, nicht für Erbeinſetzungen. So natürlich dieſer Satz iſt; ſo ſehr verwickelt erſchien er doch ſchon manchen Juriſten, und man verfehlte auch hier nicht, weil man an einer anderen Erklärung verzweifelte, ſtatt den Knoten, (wenn man ihn anders ſo betrachten kann) zu löſen, ihn mit Hülfe der Conjecturalcritik zu zerhauen, wenn man nicht lieber die catonia-

14) Fr. 1. D. de reg. cat. (34. 7.)
15) Fr. 3. D. eodem.
16) Fr. 3. D. eodem.
17) Fr. 1. §. 1. D. eodem. Fr. 41. §. 2. D. de leg. I. (30.)

niſche Regel ſelbſt für ein in ſeinem Grunde nicht zu erklärendes, ganz willkührliches Inſtitut erklären wollte. Indeſſen die Geſchichte, in Verbindung mit der Natur der Sache, wird uns, denke ich, auch hier, wie in den übrigen Theilen des römiſchen Rechts, das Ganze aufhellen.

Schon lange nämlich vor Cato, wie auch ſchon Schömann erwähnte [15]), kannten die Römer eine feierliche Teſtamentsform. Blicken wir namentlich auf das Mancipationsteſtament, ſo finden wir, daß dieſer Act nur unter hierzu fähigen Perſonen uno eodemque tempore et uno contextu vor ſich gehen konnte [19]). Sonach fand auch auf dieſes Teſtament Anwendung, was in der Natur aller ſolennen Rechtsgeſchäfte liegt; denn bei einem jeden ſollennen Rechtsgeſchäfte wirkt die Form nur als ſolche in ihrer Ganzheit, als ein Act und gerade hierin, ſo wie in dem Umſtande ſpricht ſich die Sollennität aus, daß der ernſte freie Wille, auf welchen ſich das Rechtsgeſchäft gründet, direct und ausdrücklich erklärt werde. Hieraus folgt von ſelbſt, daß bei jedem ſolennen Rechtsgeſchäfte alles, was zu ſeiner feierlichen gültigen Errichtung vorausgeſetzt wird, gleich von Anfang an vorhanden ſeyn muß, ferner, daß ein anfänglich theilweiſes Beobachten jener Requiſite, der gänzlichen Vernachläſſigung der Form, der Wirkung nach gleichſtehen muß, daß alſo nur mit dem gleichzeitigen Zuſammentreffen aller zur gültigen feierlichen Errichtung nothwendigen Merkmale das Rechtsgeſchäft als rechtlich exiſtent betrachtet werden kann. Da aber hiernach alles ſucceſſive Zuſammentreffen der weſentlichen Merkmale dem Begriffe der Solennität widerſtreitet; ſo läßt ſich auch an eine Convalescenz bei feierlichen Geſchäften überhaupt nicht denken,

---

18) a. a. O.

19) Gaj. Com. II. §. 104 seqq. Ulp. de testam. (tit. 20.) §. 3 seqq. Fr. 20. §. 8. Fr. 21. §. 3. D. qui testam. fac. (28, 1.) §. 3. Inst. de testam. ordinandis (2, 10).

am wenigſten aber durch die Annahme, daß der früher vorhandene und ausgeſprochene Wille zur Zeit noch fortdaure, wo die übrigen, anfänglich fehlenden, Requiſite eintreten, indem, wenn die Fortdauer durch concludente Handlungen ausgeſprochen wird, dieſes Ausſprechen auf eine unfeierliche Weiſe geſchieht, und eine Wiederholung der förmlichen Willenserklärung einer neuen Errichtung gleichſteht. Daher ſagt Javolenus [20]: „omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint“. Darum ſpricht Licinius Rufinus bezüglich der Erbeinſetzungen die Regel aus [21]: „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest,“ welche ganz mit jener, aus der Natur feierlicher Rechtsgeſchäfte fließender, und eben daher, erweislicher Maßen [22], auf alle feierliche Rechtsgeſchäfte anwendbaren Rechtsregel: „quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest“ [23] zuſammenfällt.

Galt nun aber dieſe Regel ſchon vor der catonianiſchen Regel bei den Teſtamenten; ſo konnte auch dieſe letztere zwar nicht für Teſtamente, für Erbeinſetzungen berechnet ſeyn, wohl aber liegt der, auch von Guyet ausgeführte Gedanke ſehr nahe, daß gerade, weil bei den Teſtamenten oben erwähnte Grundſätze galten, und die Legate darum unzertrennlich mit den Teſtamenten verknüpft waren, weil ſie

---

20) Fr. 201. D. de R. J. (50, 17.)

21) Fr. 210. D. eodem.

22) Fr. 201. 210. cit. Fr. 49. pr. D. de hered. inst. (28, 5) Fr. 20. D. qui et a quib. man. lib. non fiunt (40, 9). Fr. 137. §. 6. Fr. 83. §. 5. D. de Verb. obl. (45, 1). Fr. 26. D. de stip. serv. (45, 3). §. 2. Inst. de inut. stip. (3, 20). Fr. 9. §. 5. D. de aut. et cons. tut. (26, 8). Vergl. noch Harnier l. c. §. 7. p. 15. 16.

23) Fr. 29. D. de Reg. J. (50, 17).

nur in einem ſolchen, oder in einem codicillus testamento confirmatus hinterlaſſen werden konnten [24]), auch ähnliche Grundſätze bezüglich der Legate befolgt werden mußten. Hätte jedoch die catonianiſche Regel nur die von der Teſtamentsform geltenden Sätze auch auf die Legate ausgedehnt, ſo zeichnete ſie ſich durch nichts aus, und es ließe ſich nicht abſehen, warum man rückſichtlich ihrer Anwendung zwiſchen Legaten und Erbeinſetzungen unterſcheiden ſollte. Allein gerade darin liegt die Eigenthümlichkeit, daß bei den Legaten nach der catonianiſchen Regel weniger, als bei Erbeinſetzungen erfordert wurde. Jene Regel galt nämlich bei Legaten nicht abſolut wie die: „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest“ bei den Erbeinſetzungen. Die catonianiſche Regel kam nämlich bei bedingten Legaten nicht zur Anwendung [25]), während allerdings auch bei bedingten Erbeinſetzungen die Fähigkeit des Erben zur Zeit der Errichtung des Teſtaments vorausgeſetzt wurde [26]). Charakteriſtiſch iſt, daß es bei Erbeinſetzungen, rückſichtlich der Fähigkeit des Erben, immer auf die Zeit der Teſtamentserrichtung, ſo wie auf die der Delation bis zur Acquiſition ankömmt, wenn auch die Delation nicht gleich mit dem Tode des Erblaſſers eintritt [27]), während bei Legaten die catonianiſche Regel nicht Platz greift, ſobald deren

24) Gaj. Com. II. §. 270. Ulp. de leg. (tit. 24.) §. 1. 29. pr. Inst. de ademt. et transl. leg. (2, 21).

25) Fr. 1. §. 1. D. de reg. cat. (34, 7). Fr. 41. §. 2. i. f. D. de leg. I. (30).

26) Fr. 4. D. de reg. cat. (34, 7). Fr. 49. §. 1. Fr. 59. §. 4. D. de hered. instit. (28, 5.) §. 4. Inst. de hered. qual. et diff. (2, 19.) Vgl. auch Harnier l. c. p. 28. §. 9. Das Fr. 62. pr. D. de hered. inst. (28, 5.) verſteht jedoch Harnier ganz falſch; denn dieſe Stelle ſpricht gar nicht von einer Teſtamentifactio!

27) S. die vorige Note.

dies nicht gleich mit dem Tode des Erblaſſers, ſondern ſpäter, post aditam heredidatem cedirt [28]). Nur darum lautet Papinians Ausſpruch: „catoniana regula non pertinet ad hereditates". Darum ferner, weil dieſe Regel ſich auf Erbeinſetzungen überhaupt nicht bezieht, konnte Ulpian [29]) ſagen: „placet Catonis regulam ad *conditionales* institutiones non pertinere". Denn hätte ſie von Erbeinſetzungen gegolten; ſo ſtünden Ulpians Worte mit den Beſtimmungen im Widerſpruche, wornach, wie oben erwähnt wurde, auch bei bedingten Erbeinſetzungen ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung die Fähigkeit des Erben vorhanden geweſen ſeyn muß. An einen Schluß alſo, ex argumento a contrario, wodurch man zeigen wollte, daß den Worten Ulpians gemäß, die catonianiſche Regel ad institutiones puras gehöre, läßt ſich nach dem Bisherigen, hermeneutiſchen Regeln zu Folge, gar nicht denken, und man braucht ſich mit Harnier nicht blos darauf zu berufen: „quanta cum cautela hoc argumentum sit adhibendum in juris nostri interpretatione!" [30]). Der Einwand, daß aber hiernach Ulpian Etwas geſagt habe, was ſich von ſelbſt verſtehe und ſomit superfluum ſey, trifft die obige Erklärung darum nicht, weil überhaupt die in dem Titel: „de regula catoniana" enthaltenen wenigen Fragmente nur als Folgerungen aus dem Inhalte der Regel ſelbſt erſcheinen, alſo deren Merkmale näher angeben.

§. 5.

II. Das Legat muß ſogleich bei ſeiner Errichtung gültig ſeyn, widrigen Falls es erſt ſpäter nicht mehr gültig werden kann. Dieſer Satz fällt ganz mit der Rechtsregel zuſammen: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non pot-

28) S. Note 25. und Fr. 3. D. de reg. cat. (34, 7).
29) Fr. 4. D. eodem.
30) Harnier l. c. p. 30.

est [31]). Daher glaubt Harnier, zumal da er ſie ſowohl auf feierliche, wie auch auf ſolche Geſchäfte anwenden will, welche nuda voluntate errichtet worden, es müßte ſich die catonianiſche Regel auch auf die Fideicommiſſe anwenden laſſen. Allein die Unrichtigkeit dieſer Harnier'ſchen Behauptung mochten ſchon Manche fühlen und waren daher eben ſo bereit, jedoch ohne nähere Diſtinction, den Satz aufzuſtellen, daß ſich überhaupt die allgemeine Bedeutung jener Regel nicht rechtfertigen laſſe [32]), ohne jedoch denſelben durch nähere Beweiſe zu begründen. Es war daher aber auch nichts natürlicher, als daß man in jener Rechtsregel weder den näheren noch den entfernteren Veranlaſſungsgrund zur catonianiſchen Regel finden konnte, welche man ein für alle Mal durchaus für etwas Singuläres betrachtete.

Indeſſen läßt ſich, glaube ich, die Sache auch noch von einer andern Seite auffaſſen.

Schon oben (§. 4.) haben wir berührt, daß die Legate unzertrennlich mit den Teſtamenten verknüpft waren, daß aber bei Teſtamenten die Regel angewendet wurde: „quod initio vitiosum, tractu temporis convalescere non potest". Wir deducirten daraus, daß darum auch bei Legaten dieſe Regel hätte zur Anwendung kommen müſſen. Die catonianiſche Regel konnte alſo nur obige Rechtsregel in ſich aufnehmen, ihr Inhalt und Weſen fiel mit jener zuſammen. Aber ihre Faſſung war eigenthümlich und charakteriſtiſch. Jene Regel galt abſolut bei allen feierlichen Rechtsgeſchäften. Durch die catonianiſche Regel ſollte ſie jedoch in ihrer Anwendung auf Legate dahin beſchränkt werden, daß ihr weder bedingte noch ſolche Legate unterworfen wären, deren *dies* erſt *post aditam hereditatem* cedirte. Der Umſtand, daß auf dieſe Legate, welche

31) Fr. 29. D. de R. J. (50, 17).

32) Vergl. Roßhirt a. a. O. §. 1. Guyet a. a. O. S. 115 und Note 22. a. E.

doch vermöge ihrer Verbindung mit dem Testamente gleichsam als Theile eines feierlichen Acts dennoch von jener Regel ausgenommen wurde, bildete eine Singularität, welche hinreichte, um den Grundsatz, welcher dieselbe aufstellte, unter einem besondern Namen in unsern Quellen besonders abzuhandeln. Sonach erscheint allerdings die catonianische Regel ihrem Inhalte und Wesen nach, nicht als eine Erfindung der Willkühr, sondern als ein nothwendiges Ergebniß der Form, in welcher Legate hinterlassen werden mußten. Ihrer Fassung nach ist die catonianische Regel aber ein singuläres Institut. Wenn nun auch Guyet dies letztere anfänglich zu läugnen scheint, indem er behauptete, daß die catonianische Regel kein singuläres Institut sey [33]); so sucht er sich jedoch selbst bald wieder zu corrigiren, wenn er gegen Harnier [34]), welcher, der allgemeinen Natur der catonian. Regel wegen, deren Ausdehnung auf Fideicommisse vertheidigt, den hermeneutischen Grundsatz geltend macht: „daß ein Gesetz, welches eine Singularität einführe (wie die catonianische Regel immer sey, wenn sie auch gleich bei den Legaten aus der Form hervorgegangen, deren sie zu ihrer Gültigkeit bedurften), ohne ausdrückliche Vorschrift oder eine nachzuweisende Gewohnheit auf einen, in jenem Gesetze nicht speciell genannten Fall ausgedehnt werden dürfe [35])". — Gewiß war auch Guyet's Einwand hier am rechten Orte; nur war Harnier damit noch keineswegs widerlegt, weil Guyet die Singularität der catonianischen Regel behauptet aber nicht deducirt hat, und nur im Allgemeinen dem Satze: quod initio vitiosum etc. den Charakter einer generellen Regel abläugnete. Was nun aber den ersten Punkt, die singuläre Fassung unserer Regel betrifft; so habe ich dieselbe bereits oben hervorgehoben;

33) a. a. O. S. 112.

34) L. c. §. 6.

35) Guyet a. a. O. S. 115.

und in Bezug auf den Charakter der Regel: „quod initio vitiosum etc.“ iſt ebenfalls ſchon früher gezeigt worden, daß ſie nothwendig auf alle feierliche Geſchäfte Anwendung leiden müſſe, und in ſo ferne allgemein ſey. Falſch iſt es dagegen und eine irrige Behauptung, wenn Harnier jene Rechtsregel auch auf nicht feierliche Geſchäfte ausdehnen will. Denn dagegen ſprechen ſowohl die Natur der Sache als poſitive Geſetze.

§. 6.

Bei Rechtsgeſchäften nämlich, mit welchen keine Solennitäten verknüpft ſind, mußte ſchon eben darum, gemäß dem früher Bemerkten (§. 4.), die Nothwendigkeit hinwegfallen, daß alle zur gültigen Errichtung deſſelben nothwendige Requiſite gleich von Anfang an vorhanden ſind, und es reichte auch ſchon hin, wenn die, auch hier erforderliche Willensäußerung durch concludente Handlung ausgeſprochen wurde. War nun früher ein Mal der ernſte freie Wille auf irgend eine Weiſe erklärt, aber noch nicht alle Requiſite damals vorhanden, unter welchen nur das Rechtsgeſchäft Wirkung äußern konnte; ſo mußte es auch genügen, wenn man zur Zeit, in welcher ſpäter die anfänglich fehlenden Requiſite hinzutraten, der früher ſchon ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärte Wille noch fortdauerte. Mit dem ſucceſſiven Zuſammtreffen aller Requiſite erhält dann das formloſe Rechtsgeſchäft rechtliche Exiſtenz. Dies beweiſen die von Harnier ſelbſt angeführten Stellen ausdrücklich [36]). Man leſe nur

1) Fr. 4. §, 6. D. de offic. pro cons. (1, 16.)
„Ingressus provinciam mandare jurisdictionem le-
„gato suo debet, nec hoc ante facere, quam fuerit
„provinciam ingressus. *Est enim perquam ab-*
„*surdum, antequam ipse jurisdictionem nancis-*
„*catur* (nec enim ei prius competit, quam in eam

36) L. c. §. 8. p. 16 — 22.

„provinciam venerit) *alii eam mandare*, quam „non habet. Sed si et *ante* fecerit *et ingressus* „*provinciam in eadem voluntate fuerit* credendum „est, *videri legatum habere jurisdictionem* non „*exinde*, ex quo mandata est, sed *ex quo pro-* „*vinciam proconsul ingressus* est.

2) Fr. 4. D. de ritu nuptiarum (23, 2).
„Minorem duodecim annis nuptam *tunc legitimam* „*fore*, cum *apud virum explesset duodecim an-* „*nos*.“

3) Fr. 27. D. eodem.
„Si quis in senatorio ordine agens libertinam ha- „buerit uxorem, quamvis *interim* uxor non sit, „*attamen in ea conditione est, ut, si amiserit* „*dignitatem, uxor ejus esse incipiat*.“

4) Fr. 65. §. 1. D. eodem.
„Idem respondet, mihi placere, etsi contra man- „data contractum sit matrimonium in provincia, „tamen *post depositum officium*, si in *eadem* „*voluntate perseverat*, *justas nuptias effici*, et „ideo *postea* liberos natos *ex justo* matrimonio „legitimos esse“ (cf. c. 6. C. de nupt. (5, 4).“

Alle dieſe Stellen reden von Geſchäften, die nach R. Rechte nuda voluntate errichtet werden können, und bei jedem einzelnen fehlte zur Zeit ſeiner Abſchließung noch Etwas, mit deſſen Daſeyn erſt das Geſchäft ſelbſt gültig und wirkſam werden ſoll, wenn nur auch zur Zeit des Eintritts jener Vorausſetzung derſelbe früher an ſich gültig geäußerte Wille fortdauere. Harnier meint nun, gerade darin, daß die Geſchäfte erſt von dem Augenblicke an Wirkung äußern könnten, wo jene Vorausſetzungen vorhanden wären, läge ein Beweis, daß die Regel: „quod initio vitiosum etc.“ auch auf unfeierliche Geſchäfte paſſe [27]).

37) L. c.

Allein daß dieß Irrthum sey, liegt klar vor. Denn wäre jenes, so hätte das spätere Hinzutreten der Voraussetzungen die Geschäfte nicht wirksam machen dürfen, vielmehr wäre hier neue Eingebung des Rechtsgeschäfts und nicht blos erforderlich gewesen, daß der früher ausgesprochene Wille nur fortdaure. Ueberdies existirt ja vor dem successiven Zusammentreffen der verschiedenen Requisite das Geschäft selbst nicht. Vorher konnte es also auch, wollte man keine Fiction annehmen, keine Wirkung äußern. Genug! daß wenigstens bei jenen, in den oben erwähnten Stellen enthaltenen Fällen die wirklich vorhandene Aeußerung des Willens nur vor dem Eintritte der übrigen Requisite als noch nicht existent behandelt wird, bei solennen Geschäften aber, rücksichtlich welcher die Errichtung und somit auch die Aeußerung des Willens nicht in der gehörigen Form geschehen, in der That rechtlich noch gar keine Willensäußerung existirt, daher auch von der Fortdauer keine Rede seyn kann. —

Darum ist es auch consequent, wenn man nach den Gesezzen, da doch einmal das nuda voluntate errichtete Testament eines Soldaten für gültig erklärt wurde, auch Convalescenz bei demselben eintreten läßt; und es ist offenbar eine leere und falsch angewandte Subtilität, wenn man mit Harnier zur Rechtfertigung des Satzes daß beim *testam. militis* sich keine Convalescenz denken lasse, sich auf die Unterscheidung stützt, daß die Bestimmung, es könne ein nuda voluntate errichtetes Testament eines Soldaten gültig seyn, nicht als Privilegium des Testaments, sondern des Soldaten angesehen werden müsse, vermöge welchem das, was er auf irgend eine Weise verfüge, gültig sey, also jede Verfügung schon als solche, selbstständige Gültigkeit habe, gemäß den Worten des Marcellus: „constitutionibus enim principum *non militum testamento*, sed quae a militibus *facta* sunt, confirmantur.“ Denn hierdurch wurde offenbar zu viel und somit nichts bewiesen. Auch haben die Worte des Marcellus gar nicht den, ihnen von Harnier

untergelegten Sinn, wenn man ſie im Zuſammenhange mit der ganzen Stelle lieſt, in welcher ſie enthalten ſind. Es heißt nämlich in Fr. 25. D. de testam. milit. (29, 1):

„Titius *prius* quam tribunus legionis factus esset, „testamentum fecit, et *postea cinctus* manente „eodem defunctus est. Quaero, *an militio testa-* „*mentum videatur esse?* Marcellus respondit, „*testamentum*, quod ante tribunatum fecisset, „*nihil si postea ab eo factum*, dictum esse, „*probaretur, quod valere vellet*, ad *commune jus* „pertinet: Constitutionibus enim principum non „*militum testamenta*, sed quae a militibus facta „sunt, confirmantur. Sed *plane fecisse* testamen- „tum eum *interpretandum est*, qui se velle testa- „mentum, quod *ante* fecerat, *valere*, *aliquo modo* „*declaravit.*

Hiernach ſoll alsdann, wenn jemand, bevor er tribunus legionis geworden, ein Teſtament errichtet, ſodann auf irgend eine Weiſe ſpäter erklärt hat, daß dieſes Teſtament gelten ſollte, und cinctus verſtorben iſt, jenes Teſtament als testamentum militare gelten, weil man es eben ſo betrachten müſſe, als ob in jener, das früher errichtete Teſtament beſtätigenden, Erklärung, die Errichtung eines neuen läge; denn auch ſchon eine ſolche auf irgend eine Weiſe gemachte Erklärung werde beſtätigt durch die constitutiones principum, ohne Rückſicht darauf, ob ſie gerade eine directe Erbeinſetzung enthalte, um der Strenge nach als Teſtament angeſehen werden zu können. Es iſt alſo die beſtätigende Erklärung kein neues Teſtament; es ſollte auch kein neues errichtet werden. Nur der früher erklärte letzte Wille ſollte fortdauern, und wenn ſich dieſes Fortdauern in einer beſtätigenden Erklärung ausgeſprochen habe, ſo ſoll dies eben ſo viel

Kraft haben, als wenn ein neues Teſtament errichtet worden wäre [38]).

Aus den früher erwähnten Gründen iſt es ferner irrig, wenn Harnier die Möglichkeit der Convalescenz läugnet bei den zwiſchen Ehegatten ſtatt gefundenen Schenkungen unter Lebenden, ſo wie bei Veräußerungen des fundus dotalis von Seiten des Ehemannes. Denn die Geſetze ſagen ausdrücklich von dieſen Schenkungen, ſie ſollten unter den bekannten Vorausſetzungen *firmas* esse per silentium donatoris vel donatricis et *confirmari* [39]). Eben ſo heißt es bezüglich der Veräußerung des fundus dotalis, daß ſie confirmirt werden ſolle, si tota dos lucro mariti cessit [40]). Will man nämlich hier nicht um Worte ſtreiten: ſo bezeichnet dies „confirmari“ eben ſo viel als convalescciren. Jedenfalls ſoll die frühere Veräußerung und Beziehungsweiſe die frühere Schenkung Wirkſamkeit erhalten, ſobald nur das Hinderniß hinweggefallen iſt, welches der Gültigkeit dieſer Geſchäfte bisher im Wege ſtand [41]);

38) Verſteht man das fr. 25. cit. auf die im Texte angegebene Weiſe; ſo läßt ſich hiermit auch ſehr wohl das ſcheinbar widerſprechende fr. 15. §. 2. vereinigen, wo es heißt: testamentum *ante* militiam factum a milite, si in militia decesserit, *jure militari valere*, si militis *contraria* voluntas *non sit*, *Divus* Pius rescripsit.“ Reicht es nämlich ſchon hin, daß man aliquo modo erklärt habe, daß das ante militiam errichtete Teſtament gelten ſollte, und kann man nachweiſen, nihil postea a milite factum, dictum esse, woraus die *contraria* voluntas hervorgehen dürfte; ſo kann man auch die Unterlaſſung der das früher errichtete Teſtament aufhebenden Erklärung als concludente Handlung betrachten, d. h. als eine ſolche, woraus in concreto die ſtillſchweigende Beſtätigung des früheren Teſtaments zu entnehmen iſt, wornach denn dieſes nicht ad commune jus pertinet, ſondern jure militari valet!

39) C. 25. Cod. de donat. int. vir. et uxor. (5, 16).

40) Fr. 42. D. de usucap. et usurp. (41, 3.)

41) Vergl. auch noch z. B. fr. 42. §. 1. D. de usurp. et usucap. (41. 3.) c. 14. C. de rei vind. cat. (3, 32).

ja! es ſoll ſogar die Wirkung jener Schenkung auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung zurückbezogen werden. — Wenn nun Harnier dennoch als Argument gegen die Behauptung der Convalescenz in obigen Fällen anführt, daß die Veräußerung des fundus dotalis nur in ſo ferne, si tota dos lucro mariti cessit, confirmirt werde, als dieſer, der entgegenſtehenden exceptio doli wegen, dem Käufer des fundus dotalis vom Verkäufer nicht mehr entriſſen werden könnte, und daß jenes Zurückbeziehen der Wirkung der Schenkung auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung Singularität ſey; ſo beweiſt Erſteres abermals zu viel, wenn damit ſo viel geſagt ſeyn ſoll, als ob der Käufer nicht im Gefolge der Veräußerung Eigenthümer des fundus dotalis werden könnte, si tota dos lucro mariti cessit; und ſelbſt, was die Singularität der Schenkung betrifft, dieſe auch zugegeben; ſo würde ſie gerade der hier vertheidigten Anſicht nicht entgegen ſtehen, da ja nach der Natur der Convalescenz dieſe ihre Wirkung der Regel nach erſt, vom Augenblicke, wo ſie eintritt, äußert, auch noch ganz abgeſehen davon, daß es ſich rechtlich gar nicht denken läßt, wie eine an ſich verbotene und ſomit ungültige Schenkung unter Lebenden zwiſchen Ehegatten anders, als durch Convalescenz Gültigkeit behaupten ſoll. (§. 4.) [42])

42) Harnier beruft ſich p. 18. Note 11. außer den im Texte erwähnten Stellen noch auf mehrere andere zum Beweiſe, daß auch bei negotiis nuda voluntate perficiendis keine Convalescenz möglich ſey. Es ſind namentlich fr. 42. pr. D. de nox. act. (9, 4.) Fr. 17. §. 1. D. de furtis (47, 2.) Fr. 49. pr. D. de hered. inst. (28, 5.) Fr. 20. D. qui et a quil. man. lib. non fiunt (40, 9.) Fr. 2. §. 2. D. quod jussu 15, 4.) Allein die erſte Stelle gehört gar nicht hierher, die zweite redet nicht von Rechtsgeſchäften, ſondern von einer Klage aus dem Diebſtahl. Die dritte handelt ſogar von einer teſtamentariſchen Freilaſſung, welche bekanntlich nur der vornehmen konnte, welcher, wie beim legatum per vindicationem zur Zeit der Teſtamentserrichtung und des Todes

§. 7.

Iſt nach dem Bisherigen mit Gewißheit anzunehmen, daß der Satz: quod initio vitiosum etc. nicht auf unfeierliche Geſchäfte paßt; ſo hätte auch Guyet, um Harnier's Einwand zu beſeitigen, daß ſich die catonianiſche Regel auch auf Fideicommiſſe anwenden laſſe, ſich nicht blos auf die in dieſer Regel enthaltene Singularität, ſondern auch darauf berufen müſſen, daß Fideicommiſſe nuda voluntate perfekt werden konnten, auf unfeierliche Geſchäfte aber jene Grundſätze nicht paſſen.

Aber wie nun? wenn Guyet aus der Verbindung der Legate mit den Teſtamenten, alſo aus der Form, in welcher die Legate gültig wurden, die catonianiſche Regel erklärt: ſollten nicht bei gleicher vorhandener Urſache auch gleiche Wirkungen für die Fideicommiſſe hervorgehen? d. h. ſollte nicht der Inhalt und das Weſen der catonianiſchen Regel, der Satz: „quod initio vitiosum etc.“ auch auf Fideicommiſſe angewandt worden ſeyn *), wenn ſie in einem Teſtamente oder codicillus testamento confirmatus hinterlaſſen wurden? Die Natur der Sache ſpricht allerdings dafür, und wirklich finden ſich auch poſitive Beſtimmungen, welche dieſe Vermuthung ziemlich zur Gewißheit erheben! Pomponius ſagt uns nämlich in Fr. 18. D. de leg. III. (32):

„Si *jure testamento facto fideicommissum tibi* „*reliquero*, deinde postea *aliud fecero non jure*

---

pleno jure Eigenthümer des Sklaven' war (Gaj. Com. II. §. 267. 272. §. 2. Inst. de sing. reb. per fid relict. (2, 24.) Fr. 35. D. de manumiss. test. (40, 4.) Die vierte Stelle von Modeſtin ſpricht auch von Freilaſſung eines Sklaven, und bekanntlich ging auch zu Modeſtin's Zeit die Freilaſſung nicht nuda voluntate vor ſich (vgl. Zimmern Geſchichte des römiſchen Privatrechts bis Juſtinian I. Bd. S. 736 flgde. (§. 201—205). Die letzte Stelle ſpricht allgemein und kann eben ſo gut auf formelle Rechtsgeſchäfte bezogen werden! —

*) Nicht alſo die catonianiſche Regel ſelbſt, als ſolche!

„*in quo fideicommissum relictum tibi*, vel *aliud*, „quam *quod priore testamento*, vel *omnino non* „sit *relictum*, videndum est, mens mea haec fuerit „facientis postea testamentum, ut nolim *ratum libi* „*sit priore testamento relictum, quia nuda vo-* „*luntate fideicommissa infirmarentur*? Sed *vix* „*id obtinere potest.* Fortassis ideo, quod ita de- „mum a priore testamento velim recedi, *si poste-* „*rius valiturum sit*, et nunc *ex posteriore* testa- „mento fideicommissum ei *non debetur*, etiam „si iidem heredes, utroque testamento instituti, ex „priore exstiterunt.“

Hiernach ſoll alsdann, wenn man in einem früheren gültigen Teſtamente ein Fideicommiß hinterlaſſen habe, ſpäter aber in einem zweiten, jedoch ungültig errichteten, Teſtamente wieder ein Fideicommiß oder wenigſtens ein anderes, als im erſten Teſtamente, oder gar kein Fideicommiß hinterlaſſe, das im erſten Teſtament errichtete keineswegs darum zuſammenfallen, weil man nuda voluntate ein Fideicommiß aufheben könne. Denn es ſoll von dem letzteren Grunde aus kein Schluß darauf gelten, daß auch die Aufhebung gültiger Weiſe in einem, der vernachläſſigten Form wegen ungültigen Teſtamente geſchehen könne, vielmehr das im erſten gültigen Teſtamente hinterlaſſene Fideicommiß eben ſo gültig, als dasjenige unberückſichtigt bleiben, welches im zweiten ungültigen Teſtamente enthalten ſey. Daraus geht hervor 1) daß ein Fideicommiß, wenn es gleich ſonſt ohne alle Förmlichkeiten hinterlaſſen werden konnte, alsdann, wenn es in einem Teſtamente errichtet wird, zu ſeiner Gültigkeit die Solennitäten mit dem Teſtamente gemeinſam erfordert, d. h. daß es ſelbſt, wenn das Teſtament an ſich ungültig iſt, ſo wenig als dieſes beſtehen kann [43]);

43) Vergl. auch noch fr. 29. D. qui testam. facere poss. (28, 1.) „Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum para- „batur, si *nullo jure testamentum perfectum esset*, *nec* „*ea, quae fideicommissorum verba habent* pro posse.“

2) daß das Fideicommiß, welches in einem gültigen Teſtamente errichtet iſt, nicht in einem ungültigen formloſen Teſtamente, wenn gleich ſonſt doch nuda voluntate, widerrufen werden kann. Setzt man nun hiermit noch in Verbindung, 3) daß nur derjenige ein Fideicommiß errichten kann, welcher testamentifactio (activa) hat [41]); ferner 4) daß, wenn auch gleich nicht ganz urſprünglich, doch ſpäter nur demjenigen ein Fideicommiß hinterlaſſen werden konnte, welchem die Geſetze testamentifactio (passiva) geben [45]); ſo läßt es ſich nicht verkennen, daß, gleichwie auf die Legate, ſo auch auf die Fideicommiſſe, wegen ihrer Verbindung mit dem feierlichen Teſtamente der Grundſatz Anwendung leiden mußte: „quod initio vitiosum etc.“ — Nur das hatten noch die Fideicommiſſe zum Voraus, daß ſie nicht nothwendig in einem Teſtamente oder codicillus testamento confirmatus hinterlaſſen werden mußten; daher war da, wo ſie nuda voluntate, alſo außer einem Teſtamente und ohne Verbindung mit einem ſolchen hinterlaſſen wurden, auch Convalescenz möglich, wie wir dies erſehen aus Fr. 1. §. 1. D. de legat. III. (32), welches alſo lautet:

„Sed si filius familias, vel servus fideicommissum „reliquerit, non valet; si tamen *manumissi deces-* „*sisse* proponatur, *constanter dicemus* fideicom- „missum relictum videri, *quasi nunc datum* cum „*mors ei contingit*, videlicet si *duraverit voluntas* „*post manumissionem.* Haec utique nemo credet „*in testamentis* nos esse probaturos, quia *nihil* „*in* testamento valet, quoties *ipsum testamentum* „non valet; sed si alias fideicommissum quis re- „liquerit.“

Guyet [46]) beweiſ't zwar aus dieſer von Ulpian her-

44) Ulp. de fideicommiss. (tit. 25.) §. 4.
45) Gaj. Comm. II. §. 285, 287.
46) a. a. O. S. 117 — 121.

rührenden Stelle auch die Möglichkeit der Convalescenz eines Fideicommiſſes, allein er geht dabei von folgenden Geſichtspunkten aus: Ulpian füge, gerade um den Gegenſatz der Fideicommiſſe, als einer unförmlichen, letzten Willensverfügung gegen die Teſtamente herauszuheben, noch hinzu, daß alsdann, wenn ein Hausſohn ein Teſtament gemacht hätte, keineswegs Convalescenz eintreten könnte, weil bei den Teſtamenten alles auf den Zeitpunkt der Errichtung ankomme und ſogar jede einzelne Beſtimmung des Teſtaments darnach zu beurtheilen ſey. Ulpians Aeußerung gehe alſo nicht dahin, zu zeigen, daß nur bei einem unförmlich errichteten Fideicommiſſe die catonianiſche Regel nicht gelte, wohl aber bei einem im Teſtamente auferlegten Fideicommiſſe, vielmehr habe Ulpian nur darthun wollen, daß überhaupt nicht bei Fideicommiſſen, wohl aber bei Teſtamenten die catonianiſche Regel zur Anwendung komme. Dieſe Interpretation Guyets ſcheint mir jedoch eben ſo ſeiner eigenen früheren Behauptung, als dem Wortſinne unſerer Stelle und deren innerem Zuſammenhange mit andern Beſtimmungen zu widerſtreiten. Denn 1) behauptete Guyet doch ſelbſt früher, die catonianiſche Regel ſey eine Singularität, und jetzt ſoll ſie im Ganzen nach Ulpian, auch bei Teſtamenten gelten. 2) Es ſoll auch Ulpian geſagt haben, daß alles bei den Teſtamenten auf den Zeitpunkt der Errichtung ankomme und ſogar jede einzelne Beſtimmung des Teſtaments darnach zu beurtheilen ſey. Nichts deſto weniger ſoll aber nach Guyets Deduction das keine Anwendung auf Fideicommiſſe leiden, ſelbſt wenn ſie im Teſtamente errichtet ſind. 3) Ulpian ſtellt aber überdies nicht die Fideicommiſſe den Teſtamenten gegenüber, ſondern die *nuda voluntate* hinterlaſſenen Fideicommiſſe, jenen, welche man in einem Teſtamente auflegte. Dies geht a) daraus hervor, daß er ſagt: quia *nihil in* testamento valet, quoties *ipsum testamentum* non valet. Dieſe letzteren Worte hätten nach Guyets

Interpretation gar keine Bedeutung, ſondern ſtänden vielmehr als überflüſſig da, weil alsdann die Bemerkung ſchon hingereicht hätte, daß wenn das Teſtament Anfangs ungültig wäre, dieſes nicht convaleſciren könnte. Es erhellt jenes b) daraus, daß ſonſt die Worte: „sed si alias fideicommissum quis reliquerit“ nur eine unnütze Wiederholung des ſchon früher Bemerkten wären, daß nämlich die Fideicommiſſe überhaupt als unförmliche letzte Willensverfügungen allerdings convaleſciren könnten, wenn ſie auch Anfangs nicht gültig wären. Endlich erhält c) das Wort „alias“ nur Werth und Bedeutung, wenn man den hier vertheidigten Sinn der Stelle annimmt, indem alsdann das Fideicommiß, welches *in* testamento hinterlaſſen iſt, nicht gültig werden ſoll, quia *nihil in* testamento valet, quoties *ipsum* testamentum non valet, wohl aber das Fideicommiß, quod quis *alias* reliquerit. Aber auch abgeſehen hiervon; ſo iſt es 4) überdies ganz und gar inconſequent, wenn man bei Legaten aus deren Verbindung mit dem feierlichen Teſtamente die ſtrenge catonianiſche Regel entwickelt, und dennoch nicht die durch die Form herbeigeführte Regel: „quod initio vitiosum etc.“ auch bei Fideicommiſſen gelten laſſen will, ſobald ſie in einem Teſtamente hinterlaſſen werden, zumal da uns Pomponius ſchon im Fr. 18. D. de leg. III. (32) vom Gegentheil belehrt! —

§. 8.

III. Die Gültigkeit des Legats muß nicht nur zur Zeit der Errichtung, ſondern auch am *dies cedens* vorhanden ſeyn. — Ergab es ſich aus der obigen Entwickelung, daß feierliche Geſchäfte ſchon von Anfange an gültig ſeyn müſſen; ſo iſt noch um ſo nothwendiger, daß ſie auch rechtsbeſtändig und gültig ſeyen zur Zeit, wo ſie wirkſam werden ſollen. Das letztere gilt natürlicher Weiſe auch von allen unfeierlichen Geſchäften, ſey es unter Lebenden, oder auf den Todesfall; daher auch bei Fideicommiſſen, welche nicht in einem Teſtamente, ſondern

nuda voluntate hinterlassen wurden. Darum sagen uns die Quellen, daß ein Fideicommiß, welches ein deportatus, als solcher, errichtet habe, nur dann wirksam werden könne, wenn derselbe indulgentia imperatorum *restitutus* verstorben sey, et in *eadem* voluntate *duraverit* [47]). Darum soll ferner das dem Sklaven eines deportatus hinterlassene Fideicommiß nur dann Wirkung haben, wenn der Sklave noch zur Lebzeit des Testators einen anderen, und zwar einen fähigen Herrn erhielte, oder aber dessen Herr wieder in das Bürgerrecht eingeführt würde [48]).

§. 9.

IV. Die catonianische Regel kömmt dort zur Anwendung, wo der *dies cedens* mit dem Todestage des Testirers, nicht aber *post aditam hereditatem* eintritt. Bei der Erörterung dieses Theils wird die Frage besonders wichtig, ob nicht durch die lex Papia Poppaea unsere Regel außer Anwendung gekommen sey? Harniers Ansicht darüber ist folgende: „Dadurch, daß nach der lex Papia Poppaea der dies der Legate überhaupt nicht ante apertas tabulas cediren sollte, habe nicht, wie andere Juristen, z. B. Cujaz, Balduin, Jakob Gothofred u. s. w. geglaubt, die catonianische Regel ihre Bedeutung verloren, so daß es schon hinreiche, wenn zur Zeit der Testamentseröffnung der Erbe oder Legatar erbfähig sey; denn es beziehe sich die catonianische Regel, was 1) den Erben betreffe, gar nicht auf Erbeinsetzungen, 2) müsse man, was den Legatar anbelange, nur erst a) richtig die Bedeutungen des Wortes: „cedere" unterscheiden. Cedere bezeichne nämlich so viel, als incipere *deberi* und mit dem dies cedens sey die Transmission des Legats auf die Erben des Legatars von selbst gegeben, Falls nicht die Natur der Legate, wie z. B. beim ususfructus,

47) Fr. 1. §. 5. D. de legat. III. (32.)

48) Fr. 7. D. eodem.

oder beſondere Beſtimmungen gegen die Transmiſſion ſprächen. Die catonianiſche Regel umfaſſe nur aber diejenigen Legate, deren dies a morte testatoris dem Legatar cedire, während die lex Papia Poppaea nur beſtimmen, daß die Transmiſſion der Legate auf die Erben des Legatars nicht ante apertas tabulas Statt finden, alſo in Bezug auf dieſe der dies nicht ante apertas tubulas cediren ſolle. Demnach müſſe die catonianiſche Regel forthin bei allen Legaten noch ihre Kraft behaupten, mit Ausſchluß derjenigen, welche von dem Legatar ſelbſt nur post aditam hereditatem erworben wurden, ſo wie der bedingten [49]). Dazu komme noch, daß die lex Papia Poppaea, ſo wie die lex Junia Norbana zwar Verordnungen über die Teſtamentifaction enthielten, allein nur über jene des cœlebs, orbus, latinus Junianus; und Ulpians Worte: regula catoniana ad novas leges non pertinet nur ſo viel bezeichneten, als: bei dem cœlebs, orbus, latinus Junianus müſſe man, der Teſtirfähigkeit wegen, nicht, wie bei anderen, auf den Zeitpunkt der Errichtung ſehen [50]).

Allein dieſe Anſicht Harniers iſt, meines Erachtens, falſch, und man müßte demnach wirklich, ließe ſich die lex Papia Poppaea nicht von einer andern Seite betrachten, zu dem Schluſſe kommen, als ob durch die letztere die catonianiſche Regel außer Gebrauch gekommen ſey. Ich glaube nämlich, daß man vor Allem auf den Zweck und die Bedeutung der lex Papia Poppaea zurückgehen muß.

Bekanntlich ſollte durch die lex Papia Poppaea nicht nur mittelſt Verordnung des ehelichen Zuſammenlebens der ſo tief geſunkenen Volksmoralität aufgeholfen, die Wiederbevölkerung des, durch lange innere Unruhen entvölkerten Staats befördert, ſondern auch der Nebenzweck erreicht werden, den Staatsſchatz zu bereichern. Daher zerfiel die lex Papia

49) Harnier l. c. p. 39

50) Harnier l. c. p. 37. seqq.

Poppaea in zwei Theile, nämlich in die pars nuptialis, und caducaria, nach welchem letzteren Theile Erbſchaften, die Privatperſonen ſonſt anheimgefallen wären, dieſen, wegen Nichtbeachtung der pars nuptialis, entzogen werden und der Staatskaſſe zufallen ſollen. Namentlich wurde unter Anderem verordnet, daß der, welcher nicht verheirathet ſey (cœlebs), aus dem letzten Willen eines Anderen gar nichts; der aber, welcher keine Kinder habe (orbus), nur die Hälfte deſſen, was ihm ſonſt rechtmäßig hinterlaſſen wäre, ſollte erhalten können *). Damit es aber der caduca noch mehrere gebe, wurde auch zu gleicher Zeit beſtimmt, daß die Erbſchaften nicht, wie bisher, gleich nach der Delation a morte testatoris, ſondern eben ſo nur erſt post apertas tabulas angetreten werden könnten, wie der dies der Legate nur erſt post apertas tabulas cediren ſollte, ſo daß wenn der ohne weitere Bedingung eingeſetzte Teſtamentserbe oder Legatar, zwar nach dem Teſtator, aber noch vor der Eröffnung des Teſtaments verſterbe, dieſe Erbſchaft und Beziehungsweiſe die ausgeſetzten Legate, nicht aber das, was in einem, gleich von Anfange an ungültigen Teſtamente oder Legate hinterlaſſen worden wäre, caduca ſeyn ſollten. Daraus geht hervor:

1) daß das Geſetz nichts über die Vorausſetzungen beſtimme, unter welchen ein letzter Wille gültig ſeyn ſoll, vielmehr die früher diesfalls beſtandenen Verordnungen unverändert laſſe, und gerade vorausſetze, daß nur das, was nach einem, gemäß jenen früheren Beſtimmungen gleich Anfangs gültig errichteten letzten Willen, hinterlaſſen worden, je nach Umſtänden caducum ſeyn ſollte;

2) daß das Geſetz nicht von der Fähigkeit handle, in einem letzten Willen als Erbe oder Legatar eingeſetzt zu werden (testamentifactio), ſondern davon, ob ein ſonſt hierzu

*) Hugo Rechtsgeſchichte S. 553. (8te Auflage).

Fähiger und gültig Eingeſetzter oder Bedachter auch das ihm Hinterlaſſene erwerben könne (capere posse), oder dies vielmehr dem Fiskus anheimfalle?

3) daß das Geſetz den Zeitpunkt der Erwerbung die Erbſchaft und Vermächtniſſe verändert habe; und derſelbe nicht mehr, nach ihm, a morte testatoris, ſondern erſt post apertas tabulas gedenkbar iſt; denn, um die caduca zu vermehren, wollte man allerdings die Transmiſſion der Erbſchaften und Vermächtniſſe auf die Erben des Erben und beziehungsweiſe des Vermächtnißnehmers verhindern. Dies geſchah aber nur eben dadurch, daß man auf den Grund der Transmiſſion wirkte, alſo den Erwerb der Erbſchaft von Seiten des eingeſetzten Erben, ſo wie den Erwerb des gültig hinterlaſſenen Vermächtniſſes von Seiten des Legatars ſelbſt (dies cedens) verſchob.

Vergleicht man nun hiermit den Inhalt der catonianiſchen Regel; ſo ergiebt ſich folgendes Reſultat:

1) Zur Zeit der Entſtehung der catonianiſchen Regel cedirte der dies aller Legate, Einige ausgenommen, a morte testatoris. Demnach umfaßte dieſe Regel in ihrer damaligen Abfaſſung alle Legate mit Ausnahme der bedingten und derer, welche erſt post aditam hereditatem cedirten. Ihrem Geiſte nach, wollte ſie alſo nicht mehr und nicht weniger ausdrücken, als daß, mit Ausnahme weniger, ſonſt alle Legate eben ſo gültig ſeyn müßten von Anfange an, wie am dies cedens. Während nun früher die Legate a morte testatoris cedirten, tritt der dies cedens jetzt (nach der L. P. P.) erſt post apertas tabulas ein, bedingte und ſolche Legate ausgenommen, welche erſt post *aditam* hereditatem erworben werden. Da aber die catonianiſche Regel nicht, wie die Lex Papia Poppaea, über den Zeitpunkt des *dies cedens* beſtimmte, ſondern über den Zeitpunkt der Gültigkeit der Legate, ſo berühren ſich eigentlich beide Geſetze nicht im correctoriſchen Sinne, und es konnte Ulpian in dieſer Beziehung recht

gut ſagen: regula catoniana non pertinet ad novas leges! *) — Es leuchtet hieraus von ſelbſt ein, welchen falſchen, wenn gleich mit Scharfſinn aufgefundenen Weg Harnier einſchlug, um dem Einwande zu begegnen, als ob die catonianiſche Regel wegen der lex Papia Poppaea ihre heutige Anwendbarkeit verloren habe. Giebt man ihm nämlich auch zu, daß cedere ſo viel heiße, als incipere *deberi*; ſo iſt doch damit auch zugleich geſagt, daß, ſobald der dies cedens vorhanden iſt, der Legatar ein Recht auf das Legat erworben habe, was er auch in dubio ſogleich auf ſeine Erben transmittirt, ſo lange überhaupt Transmiſſion dieſes erworbenen Rechtes, ſeiner Natur nach, gedenkbar iſt. So lange die Geſetze allgemein reden, muß man dieſe gewöhnliche Bedeutung aufgreifen, und gemäß dem hermeneutiſchen Grundſatze: „lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere“ nicht Etwas unterſtellen oder dort unterſcheiden, wo das Geſetz nichts unterſtellt und unterſchieden hat. Nun aber finden wir nur die Beſtimmung, daß legata per vindicationem post apertas tabulas auf die Erben übergehen ſollen, die übrigen Legate aber, alſo die legata per damnationem, sinendi modo oder per praeceptionem nach geſchehener Agnition [51]), welches alles mit der von Harnier gemachten Unterſcheidung im Widerſpruche ſteht. —

2) Die catonianiſche Regel beſtimmt, in wie fern ein Legat als inutil angeſehen werden müſſe. Sie bezieht ſich alſo auf die Bedingungen der Gültigkeit des Legats und

*) Deswegen iſt es irrig, wenn Harnier l. c. p. 40 ſagt: „post leges caducarias *in legatis*, ut semper in hereditatibus testamentariis obtinuit, *trium* temporis punctorum rationem habitam fuisse, *testamenti facti*, *mortis*, *apertarum tabularum*. Vergleiche noch dagegen v. Löhr a. a. O. S. 383. Note 1. Nach ihm hat ſpäter daſſelbe vertheidigt und die Unrichtigkeit der Harnier'ſchen Anſicht dargethan v. Schröter a. a. O. S. 107.

51) Bachii Historia Jurisprudentiae romanae (ed. 5.) p. 331.

ſomit auch auf die Teſtamenifactio. Die Frage: ob aber jemand Etwas aus einem gültigen letzten Willen erwerben könne, und wann dies der Fall ſey? hat mit Jener nichts gemein [52]). Wenn demnach die lex Papia Poppaea Beſtimmungen darüber enthält, wenn der cœlebs, der orbus oder (nach der lex Junia Norbana) der latinus Junianus aus einem letzten Willen erwerben (capere) könne; ſo iſt es abermals ſehr erklärlich, warum auch diesfalls Ulpian ſehr wohl ſagen konnte: „regula catoniana non pertinet ad novas leges“. Dies heißt denn aber nicht, wie Harnier meint [53]), daß man bei dem cœlebs, dem orbus, latinus Junianus zur Zeit der Errichtung des Teſtaments testamentifactio ausnahmsweiſe nicht erfordere, vielmehr muß der cœlebs, der orbus und latinus Junianus ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments teſtirfähig ſeyn [54]); welche Eigenſchaft ihnen auch geſetzlich zugeſtanden wird. Sie ſind nämlich allerdings fähig als Erben eingeſetzt zu werden, aber nur als ſolche in Anſehung des Erwerbs aus letzten Willen beſchränkt [55]).

Aus allem Dieſem ergiebt ſich deutlich, welcher Sinn mit den Worten Ulpians: „regula catoniana non pertinet ad novas leges“ zu verbinden, und daß der Satz richtig ſey, daß die lex Pap. Popp. die catonianiſche Regel nicht aufgehoben habe.

§. 10.

Faſſen wir nun das Reſultat der ganzen bisherigen Unterſuchung auf; ſo beſteht daſſelbe nicht nur 1) darin, daß

---

52) Vergl. meinen Verſuch über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. §. 31. S. 81 — 92.

53) Harnier l. c. p. 37.

54) Vergl. meinen civil. Verſuch a. a. O.

55) Ulp. de testamentis (tit. 20.) §. 8. vergl. mit Ulp. de fideicommissis (tit. 25.) §. 7. Gaj. Com. II. §. 275. Ulp. de caducis (tit. 17.) §. 1.

urſprünglich bei allen feierlichen Geſchäften die Regel galt: „quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest“ (§. 4. 5.), und demnach 2) dieſer Grundſatz auch bei Teſtamenten und folgerichtig ebenfalls bei den Legaten gelten mußte, weil dieſelbe nur in einem Teſtamente oder codicillus testamento confirmatus errichtet werden konnten; ſondern daß 3) daher auch in der catonianiſchen Regel die Anwendbarkeit jener Rechtsregel auf die Legate ausgeſprochen worden iſt, die catonianiſche Regel alſo ihrem Inhalte und Weſen nach mit jener Rechtsregel zuſammenfiel, ſich aber durch ihre Form und Faſſung beſonders charakteriſirte, als Singularität auszeichnete, und als ſolche um ſo mehr nur für Legate berechnet war, als die gewöhnliche Rechtsregel nämlich: „quod initio vitiosum etc.“ ſchon vorher viel ſtrenger bei Erbeinſetzungen durchgriff, (§. 5.) und die Fideicommiſſe erſt ſpäter eigentliche Rechtsinſtitute geworden ſind [56]). Es ergab ſich endlich 4) daß ſpäter bei Errichtung der Fideicommiſſe in Teſtamenten ganz conſequent das: quod initio vitiosum etc.“ angewandt (§. 7.) und zuletzt 5) daß die catonianiſche Regel durch die lex Pap. Popp. weder ausdrücklich noch ſtillſchweigend aufgehoben wurde (§. 9.).

Es entſtehen ſonach jetzt noch die Fragen:

1) ob die viel erwähnte Rechtsregel: „quod initio vitiosum etc.“ ſpäter auch auf die nicht in einem Teſtamente oder codicillus testamento confirmatus errichteten Fideicommiſſe Anwendung leiden mußte?
2) ob die urſprünglich für die Legate berechnete catonianiſche Regel ſpäter ausdrücklich oder ſtillſchweigend aufgehoben wurde?

Um dieſe Frage gehörig beantworten zu können, wird es nothwendig, einige andere, wenn gleich bekannte, hiſtoriſche Momente hier im Zuſammenhange voranzuſchicken.

---

56) Vergl. noch Guyet a. a. O. S. 113, 114.

§. 11.

Bekanntlich waren die Fideicommiſſe urſprünglich in der Billigkeit begründet [57], durchaus an keine Form gebunden; vielmehr konnten ſie eben ſowohl ohne Teſtament [58], in jeder Sprache [59], ja ſelbſt durch Winke [60] und zwar bittweiſe [61] errichtet, ferner deren Auszahlung jedem von den Honorirten, mochte er nun Erbe oder Vermächtnißnehmer ſeyn [62], auferlegt und ſelbſt urſprünglich ſolchen hinterlaſſen werden, denen man weder als Erben noch als Legataren Etwas zurücklaſſen konnte [63]. Es war aber auch anfänglich ganz der Rechtlichkeit und Gewiſſenhaftigkeit eines einzelnen Bedachten überlaſſen, daß er die Bitte, irgend Etwas aus dem Nachlaſſe an gewiſſe andere Perſonen zu reſtituiren, nicht unbeachtet laſſen werde; denn einen rechtlichen Zwang zur Erfüllung gab es noch nicht [64]. Allmählig nahm jedoch das Fideicommiß eine ſtrengere Natur an. Seit Auguſtus iſt es nicht mehr bloße Gewiſſensſache, ein Fideicommiß zu erfüllen, vielmehr dies eine Zwangspflicht geworden [65]. Der, welchem Etwas durch ein Fideicommiß hinterlaſſen worden war, erhielt einen durch eine persecutio verfolgbaren Anſpruch auf Reſtitution [66]. Die Fideicommiſſe konnten aber

---

57) Ulp. de fideicommiss. (tit. 25.) §. 1.

58) Gaj. Comm. II. §. 270. Ulp. l. c. §. 4. Pauli S. R. L. IV. tit. 1. §. 10.

59) Gaj. l. c. §. 281. Ulp. l. c. §. 9. Paulus l. c. §. 11.

60) Ulp. l. c. §. 3.

61) Gaj. l. c. §. 249. Ulp. l. c. §. 1. 2. Paulus l. c. §. 6.

62) Gaj. l. c. §. 271. Ulp. l. c. §. 10.

63) Gaj. l. c §. 285—88. Vergl. v. Löhr Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung Bd. IV. S. 80.

64) §. 1. Inst. de fid. hered. (2, 23.)

65) §. 1. Inst. l. c. cf. Gaj. l. c. §. 278. Ulp. l. c. §. 7. 12. Pomponius in fr. 2. §. 32. de orig. jur. (1, 2.)

66) Ulp. l. c. fr. 178. §. 2. D. de V. S. (50, 16.)

auch nicht mehr Perſonen hinterlaſſen werden, welche unfähig waren, als Erbe oder Legatar bedacht zu werden [67]), oder eine Erbſchaft oder ein Legat zu erwerben [68]). Nachdem endlich Conſtantin ſchon verordnet hatte, daß bei Errichtung der Codicillen ab intesto ſieben oder fünf Zeugen zugezogen werden ſollten [69]) und Theodos die Vorſchrift gab, daß mit Ausnahme des Teſtaments, bei jedem letzten Willen, wenn er gültig errichtet werden ſollte, fünf Zeugen und unitas actas erfordert wurden [70]), ſo waren die Fideicommiſſe eben ſo feierliche Geſchäfte geworden wie die Legate, nachdem ſchon früher die Wortfaſſung Legate und Fideicommiſſe in ſo ferne nicht mehr unterſchied, als die verba directa und solennia bei letztwilligen Verfügungen aufgehoben [71]), auf den Gebrauch beſtimmter Worte bei Legaten und Fideicommiſſen kein Werth mehr gelegt [72]) und Fideicommiſſe eben ſo wie Legate auch in Teſtamenten errichtet worden waren [73]), ohne daß es ſpäter bei Legaten noch auf die Errichtung in lateiniſcher Sprache ankommen ſollte [74]). Es war ſonach auch ein ſehr natürlicher Gang der Dinge *), daß Juſtinian auch mit Hintanſetzung der durch die verſchiedene Form der Hinterlaſſung begründeten verſchiedenen Arten der Legate, verordnete, daß Legate und Fideicommiſſe gleiche Wirkungen erzeugen ſollten [75]).

---

67) Gaj. II. §. 284—88. Ulp. l. c. §. 6.

68) Gaj. l. c. §. 286.

69) c. 1. Cod. Theod. de test. et cod. (4, 4.)

70) c. 8. §. 3. Cod. Justin. de codic. (6, 36.)

71) c. 15. C. de testam. (6, 23.)

72) c. 21. Cod. de leg. (6, 37.)

73) Fr. 1. §. 1. Fr. 18. D. de leg. III. (32.) Fr. 29. D. qui testam. facere poss. (28, 1.)

74) c. 21. Cod. de testam. (6, 23.)

*) Vergl. v. Löhr a. a. O. S. 87.

75) c. 1. C. com. de leg. (6, 43.) v. Löhr a. a. O.

§. 12.

Betrachtet man nun diese mit der Zeit entstandenen Umänderungen in der Lehre von den Legaten und Fideicommissen; so findet man, daß die Legate sich zwar in manchen Punkten den Fideicommissen genähert haben, daß aber vorzugsweise die Fideicommisse sowohl in Ansehung ihrer Errichtung, als in ihrer Wirkung durchaus verändert, also eine andere Natur und zwar eine strengere, mit jener der Legaten fast ganz zusammenfallende Natur angenommen haben, namentlich, daß sie 1) in gleicher Sprache, 2) mit denselben Worten wie die Legate, 3) eben so von einem Testamentsfähigen nur wieder einem solchen, 4) mit gleichen Wirkungen wie bei Legaten hinterlassen werden konnten. Bezüglich der Art der Errichtung bestanden demnach jetzt zwischen Legaten und Fideicommissen die Unterschiede darin, daß erstere vor wie nach immer nur in einem Testamente ausgesetzt und nur dem Erben aufgelegt werden konnten, während es hierauf bei Fideicommissen nicht ankam, sondern hinreichte, wenn sie außer einem Testamente feierlich, wie jeder andere letzte Wille, also auch mit Beobachtung der unitas actus und Zuziehung von fünf Zeugen errichtet worden waren. Daher mußte jetzt auch auf die Fideicommisse der Grundsatz Anwendung leiden, „quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.“

Zwar behauptet Guyet, (und dies ist der einzige Grund, welchen er hiergegen anführt), aus der, von Constantin angeordneten, Codicillarform folge noch nicht die Nothwendigkeit der Anwendung der catonianischen Regel auf Fideicommisse (also auch noch nicht die Nothwendigkeit des Vorhandenseyns der Testamentifactio zur Zeit der Errichtung der Fideicommisse), wie sie sich folgern ließ für die Legate aus dem alten testament. calat. oder per aes et libram, weil die Regel: „quod ab initio non valet, nec postea valebit“ keineswegs mit jeder Form unbedingt zusammenhänge, wenn die Person, auf welche eine Wirkung der

Solennität ſich erſtrecken ſoll, nicht ſelbſt Parthei bei dem feierlichen Geſchäfte wäre. Allein giebt man auch zu, daß der feierlichen Form der Fideicommiſſe ohngeachtet, die catonianiſche Regel als ſolche, ſchon ihrer Singularität halber, nicht auf Fideicommiſſe angewendet werden konnte; ſo beruht doch der übrige Theil des Guyet'ſchen Einwandes auf einem ſolchen Irrthume, welcher, in ſeinen Folgeſätzen aufgefaßt, die ganze Guyet'ſche Deduction ſelbſt vernichten dürfte.

Will man nämlich mit Guyet den Satz [76]) aufſtellen, daß jene Rechtsregel ſich nur auf diejenigen feierlichen Geſchäfte beziehe, bei welchen auch jedes Mal die Perſon gegenwärtig war, auf die jenes Geſchäft ſeine Wirkung äußern ſoll, und daß nur darum ſogleich bei der Errichtung der Legate die Teſtirfähigkeit der betheiligten Perſonen erfordert würde, weil der Erbe und Legatar bei Errichtung eines Mancipationsteſtaments zugegen geweſen wären; ſo hätte man zu viel, und ſomit freilich im Ganzen nichts bewieſen. Denn wir wiſſen ja ganz beſtimmt, daß ſchon lange vor Gajus der wahre eigentliche Erbe gar nicht mehr dem Teſtamentsacte beiwohnte [77]) und alſo noch weniger der Legatar, deſſen Gegenwart eigentlich, wie man aus den Quellen ſchließen muß, nie nothwendig war,

76) a. a. O.

77) Gaj. II. §. 103. „.... hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane *nunc aliter* ordinatur atque *olim* solebat: namque *olim* familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et *ob id ei mandabat* testator, *quid cuique post mortem suam dari vellet: nunc* vero *alius* heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, *alius dicis gratia*, propter veteris juris observationem *familiae emptor* adhibetur." cf. §. 104 seqq.

da der Teſtator dem Erben mandirte, was und wem noch Etwas nach ſeinem Tode gegeben werden ſoll, darauf auch ganz die Form hinweiſt, in welcher die Legate hinterlaſſen wurden und der Erblaſſer ſich an den Erben wandte [78]). Nicht alſo in der Anweſenheit deſſen, der Erbe oder Legatar werden ſollte, bei Errichtung des Teſtaments, läßt ſich der Grund ſuchen, warum deren Fähigkeit ſogleich und von Anfange an nothwendig war, vielmehr in der Solennität des Acts überhaupt. (§. 3). Dieſe bei der alten Mancipationsform nothwendigen Solennitäten ſollten aber auch bei der ſpäteren Teſtamentsform beibehalten werden [79]), woher ſich noch jetzt die testes, deren praesentia uno eodemque tempore, die unitas actus erklärt. Da nun beides auch für die Fideicommiſſe vorgeſchrieben wurde; ſo leuchtet es deutlich ein, daß man die bei Teſtamenten und Legaten geltenden Solennitäten auch auf Fideicommiſſe ausdehnen wollte; und es geht aus dem ganzen Geiſte, der ſich in der Art der Entwickelung der Natur der Fideicommiſſe ausſpricht, mit ziemlicher Gewißheit hervor, daß dieſelben auch in Bezug auf die testamentifactio eine ſtrengere Natur angenommen haben. Man überzeugt ſich auch von der Wahrheit des zuletzt Geſagten um ſo mehr, je deutlicher man ſich die ſucceſſive Fortbildung mancher Rechtsinſtitute und deren allmählige Ausbildung nach der Natur anderer Inſtitute (wie z. B. der Schenkung auf den Todesfall nach jener der Legate *) vorſtellen kann, und je mehr man aus der Rechtsgeſchichte erfahren hat, wie bei der Entwickelung ſo vieler Inſtitute nicht allein die ausdrückliche Geſetzesvorſchrift,

78) z. B. Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto etc. Gaj. l. c. §. 201. 209. 216.

79) §. 3. Inst. de testam. ordin. (2, 10.)

*) Vergl. meinen civiliſt. Verſuch über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. §. 6. S. 22 — 28.

ſondern die Hand derjenigen nachhalf, welchen die Anwendung des Rechtes unmittelbar überlaſſen war, wobei denn immer das, was ſich aus dem Weſen und der Natur eines Inſtituts entwickeln ließ, eben als Etwas ſehr Natürliches, nicht erſt beſonders und ausdrücklich hervorgehoben werden mußte.

Erwägt man nun das Geſagte; ſo mag man denn von ſelbſt entnehmen, wie viel Gewicht auf die Behauptung Guyet's zu legen iſt, daß Juſtinian als Geſetzgeber die meiſte Veranlaſſung gehabt habe, die alte Regel der Legate aufzuheben, welche blos mit den früheren Solennitäten in Verbindung geſtanden, und vermöge welchen die Teſtamentifactio (die active und paſſive) im Augenblicke der Errichtung des Legats vorhanden ſeyn mußte! Würde nicht aus dieſem Raiſonnement auch conſequent ſich ergeben, daß die Nothwendigkeit der Teſtamentifactio zur Zeit der Teſtamentserrichtung in der Perſon des Erben nach dem Verſchwinden der Mancipationsform überflüſſig hätte erſcheinen müſſen? Warum macht aber Guyet hier — warum ſogar beim Univerſalfideicommiſſar eine Ausnahme? Gelten etwa urſprünglich diesfalls andere Grundſätze bezüglich der Univerſalfideicommiſſe und andere bei Singularfideicommiſſen? Enthält das S. C. Trebellianum etwa über die Teſtamentifactio Beſtimmungen? War denn wohl das Recht desjenigen, welchem ein Singularfideicommiß reſtituirt worden iſt, allein auf die Billigkeit gegründet; das Recht desjenigen aber auf das ſtrenge Civilrecht, welchem ein fideicommissum hereditatis reſtituirt worden war? [80]) Galt wohl letzterer als Erbe, oder iſt er anders als heredis loco? [81]) Blieb nicht der urſprüngliche Erbe nach dem

80) Ulp. de fideicommiss. (tit. 25.) §. 1.

81) Gaj. II §. 251. Fr. 44. §. 1. D. ad S. C. Treb. (36, 1.) §. 3. 4. 6. Inst. de fideicommiss. hered. (2, 23.)

Grundſatze: semel heres, semper heres, auch forthin Erbe? [82]). —

Hieraus dürfte zur Genüge hervorgehen, daß wenn man der Deduction Guyet's folgen wollte, man auf vielfache Widerſprüche gerathen dürfte. —

§. 13.

Nach dem Bisherigen wird ſich nun die zweite Frage: ob die urſprünglich für Legate berechnete catonianiſche Regel ſpäter ausdrücklich oder ſtillſchweigend aufgehoben wurde? leicht beantworten laſſen. Die Verordnung, welche hier zunächſt entſcheiden muß, iſt

c. 2. C. com. de leg. (6, 43).

„..... Sit igitur (secundum quod diximus) *ex „omni parte verborum non inefficax* voluntas „secundum verba legantis vel fideicommittentis; et „omnia, quae *naturaliter* insunt *legatis, et fidei- „commissis inhaerere intelligantur;* et si quid „tale est, *quod non habet naturam legatorum „hoc ei ex fideicommissis accomodatur*, et sit „omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nas- „cantur in rem actiones, ex omnibus hypotheca- „riae, ex omnibus personales. Ubi autem *aliquid „contrarium* in legatis et fideicommissis eveniet, „hoc *fideicommisso* quasi humaniori *aggregetur*, „et *secundum ejus* dirimatur *naturam*....“ —

Guyet meint, es ſey hier blos von Singularfideicommiſſen die Rede, und Juſtinian habe, um die Antaſtung der Singularvermächtniſſe ganz und gar zu verhüten, die alten Unterſchiede zwiſchen Legaten und Singularfideicommiſſen nicht nur aufgehoben, ſondern ſogar, abgerech-

82) S. 3. Inst. l. c.

net (wie er ſagt) die Form der Urkunde, in welcher das Legat oder Fideicommiß hinterlaſſen wird, oder die Form der nuncupatio, alle Formalitäten dabei erlaſſen. Allein eines Theils iſt in der ganzen Conſtitution auch mit keinem Worte zwiſchen Singular- und Univerſal-Fideicommiſſen unterſchieden worden; andern Theils wollte Juſtinian eben ſo wenig ganz und gar die Antaſtung der Vermächtniſſe verhüten, wenn er ſagt, daß unter Beobachtung der zur gültigen Errichtung vorausgeſetzten Requiſite, nemo moriens putet *legitimam* voluntatem reprobari, als er überhaupt, abgeſehen von den Worten, die übrige Form der Vermächtniſſe beſonders berührte. Es läßt ſich daher um ſo weniger davon reden, welche Formalitäten Juſtinian erlaſſen habe, je weniger man, wie dies Guyet gethan hat, den Zuſtand der Legate und Fideicommiſſe, ihre Gleichheit und Verſchiedenheit bis zur c. 2. Cod. l. c. verfolgt. Juſtinian ſpricht nämlich ganz allgemein und ſetzt bei ſeiner Verordnung voraus, daß man den unmittelbar vorher vorhandenen Zuſtand der Legate und Fideicommiſſe kenne. Darum ſagt er:

I. Alles, was in der Natur der Legate liege, ſoll auch bei Fideicommiſſen zur Anwendung kommen, und umgekehrt, jedes Fideicommiß wie ein Legat angeſehen werden, auch ſollen Beſtimmungen, welche für Legate gelten, ſobald ſie für Fideicommiſſe angemeſſen wären, auf dieſe angewandt werden [83]). Daraus folgt, daß während bisher die catonianiſche Regel in ihrer ſingulären Faſſung nur auf Legate An-

83) „.... necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla fit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum; *et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.*“ cf. §. 3. Inst. de leg. (2, 20.)

wendung leiden konnte, dieſe jetzt um ſo mehr auf Fideicommiſſe ausgedehnt werden ſollte, als ſie ſchon bei Fideicommiſſen ihrem Weſen nach, d. h. die Regel galt: „quod ab initio vitiosum etc.“, die catonianiſche Regel indeſſen bedingte und noch einige andere Legate von dieſer Regel ausnahm, dieſe Ausnahme gerade aber als mildernd erſcheint, und Juſtinian humanere Grundſätze hier aufſtellen wollte. Nur ſo erklärt es ſich ſehr wohl, wie noch die catonianiſche Regel in dem Pandektenrechte unter einem beſonderen Titel abgehandelt und in den Inſtitutionen angeführt wird. Dieſen letzten Punkt hat auch ſchon Roßhirt geltend gemacht [84]). Guyet [85]) ſucht dieſen Grund jedoch dadurch hinwegzuräumen, 1) daß ja überhaupt in den Pandekten viele längſt abgeſchaffte, oder doch abgeänderte Lehren theils der Anwendung für früher entſtandene Proceſſe, theils auch rein der Geſchichte wegen, doch noch wären aufgenommen worden, daß Juſtinian ſich des Namens der Regel in den Inſtitutionen gar nicht mehr bediene, ſondern nur einen, daraus abzuleitenden, Grundſatz anführe, 3) daß endlich die Inſtitutionen überhaupt die Lehre von den Legaten und Singularfideicommiſſen noch ganz getrennt behandelten, und zwar darum, weil ſie nur das ältere Recht von den Legaten und Singularfideicommiſſen angeben, und die Aufſuchung der, durch die Vermiſchung beider Inſtitute entſtandenen, Aendrung dem Geübteren überlaſſen wollten, demnach alſo die Inſtitutionen in Betreff des neueſten Rechts, wo es von dem älteren abweicht, nichts gegen neuere Gründe entſcheiden könnten. Allein, ſo wahr auch die von Guyet aufgeſtellten Gründe im Allgemeinen ſind; ſo kann ich ihm doch nicht die daraus gezogenen Schlüſſe zugeben. Denn ob Etwas, das in unſeren Pandekten angeführt iſt, nur

84) a. a. O. S. 334. (2.)

85) a. a. O. S. 126 flgde.

als ein hiſtoriſcher Satz behandelt und angeſehen werden kann: dies muß vorerſt aus anderen Umſtänden dargethan und aus dem Geiſte und dem inneren Entwickelungsgange einer Lehre ſelbſt erwieſen werden, weil, wenn es auch gewiß iſt, daß ſich noch gar Manches, was nur hiſtoriſchen Werth hat, in der Compilation findet, doch zunächſt die Vermuthung dagegen ſtreitet. Dieſe Vermuthung wird aber um ſo ſtärker, je mehr ſie durch den inneren Zuſammenhang der ſich auf eine Lehre beziehenden Beſtimmungen unterſtützt wird, wie dies hier bei der Lehre von den Legaten und Fideicommiſſen bezüglich der catonianiſchen Regel der Fall iſt, welcher ſogar ein beſonderer Titel in den Pandekten gewidmet iſt. Der Umſtand, daß Juſtinian ſich dagegen in den Inſtitutionen des Namens der Regel gar nicht mehr bedient, wohl aber einen daraus fließenden Grundſatz erwähnt, ſpricht mehr für, als gegen die hier vertheidigte Anſicht, weil mit der Vereinigung der Legate und Fideicommiſſe der Grund der Auszeichnung derſelben, die in ihr gelegene Singularität, verſchwand, ſie ſelbſt aber, wenn alſo auch nicht mehr formell doch materiell noch vorhanden war und iſt. — Wenn endlich auch nicht geläugnet werden kann, daß die Inſtitutionen abſichtlich die Legate und Fideicommiſſe ſeparirt behandeln, um den älteren vom neueren Zuſtande beſſer trennen zu können; ſo iſt es doch unrichtig, wenn Guyet blos von einer ſeparirten Behandlung der Legate und Singularfideicommiſſe ſpricht, da ja ein Gleiches von den Univerſalfideicommiſſen gilt; auch läßt ſich deſſen Schluß nicht rechtfertigen, daß nämlich, weil die Inſtitutionen die Darſtellung des früheren Verhältniſſes der Legate zu den Fideicommiſſen beabſichtigten, alſo älteres Recht anführten, aus ihnen, in ſo ferne ſie etwas von der catonianiſchen Regel berührten, nichts für deren heutige Gültigkeit bewieſen werden könnte. Denn, ſo viel Schein auch dieſes Raiſonnement für ſich hat: ſo verliert es doch ſeine Gegenbeweiskraft,

wenn man nur auf die Darſtellung dieſer unſerer Lehre in den Inſtitutionen ſelbſt eingehen will. Dort wird allerdings angegeben, daß es 1) früher vier Arten der Legate [86]) gegeben, 2) daß man ſich bei deren Errichtung beſtimmter Worte bedient habe [87]); auch daß 3) das legatum optionis, wenn der Legatar nicht noch ſelbſt vor ſeinem Tode die Wahl getroffen hatte, nicht auf die Erben des Legatars übergegangen ſey [88]), endlich 4) daß man incertis personis weder Legate noch Fideicommiſſe hätte hinterlaſſen [89]), und 5) eben ſo wenig einem postumus alienus [90]) als ante heredis institutionem [91]) oder post mortem heredis [92]) hätte legiren können. Ueberall wird aber auch zugleich bemerkt, daß alle dieſe Beſtimmungen ſpäter abgekommen ſeyen, und, bei der Gelegenheit, einige Male auf die Gleichſtellung der Legate mit den Fideicommiſſen hingewieſen [93]), nirgends aber der catonianiſchen Regel in der Art gedacht, daß ſie aufgehoben wäre. Hieraus geht deutlich hervor, daß die Worte:

„.... Sed ne in primis legum cunabulis, permixte „de his exponendo studiosis adolescentibus quan„dam introducamus difficultatem, operae pretium „esse duximus, *interim separatim prius de lega„tis et postea de fideicommissis tractare, ut na„tura utriusque juris cognita facile possint per-*

86) §. 2. Inst. de leg. (2, 20.)
87) §. 2. Inst. eodem.
88) §. 23. Inst. eodem.
89) §. 25. Inst. eodem.
90) §. 26. Inst. eodem.
91) §. 34. Inst. eodem.
92) §. 35. Inst. eodem.
93) z. B. §. 25, 35. Inst. eodem.

„*mistionem eorum eruditi subtilioribus auribus*
„*accipere.*“

nicht den Sinn haben, als ob in den Inſtitutionen neben der ſeparirten Behandlung der Legate und Fideicommiſſe nur älteres Recht ſollte erörtert werden, vielmehr ſollte nur in der getrennten Darſtellung gezeigt werden, wie urſprünglich die Natur der Legate und Fideicommiſſe rechtlich definirt war, und welche zeitgemäße Veränderung jedes einzelne Inſtitut erlitten hat, um deren gegenſeitige Annäherung beſſer zu erkennen und ihre ſpätere Verſchmelzung klar zu erfaſſen. Iſt dies der richtige Sinn obiger Worte; ſo läßt ſich kein Grund auffinden, aus welchem, (nachdem man doch ſchon vorher die förmliche Verſchmelzung beider Inſtitute erwähnt hatte), nicht auch angeführt wurde, daß die catonianiſche Regel zwar früher bei Legaten gegolten, jetzt aber durch die Gleichſtellung derſelben mit den Fideicommiſſen untergegangen ſey, wenn doch in der That die catonianiſche Regel ihre Anwendung hierdurch ſollte verloren haben.

II. Juſtinian ſagt ferner in ſeiner oben erwähnten Conſtitution: dasjenige, was nicht durch die Natur der Legate beſtimmt iſt, ſoll nach den Fideicommiſſen beurtheilt werden, und das, worin ſich Legate und Fideicommiſſe entgegengeſetzt ſind, ſoll verſchwinden und nach den gelinderen und billigeren Principien über Fideicommiſſe behandelt werden. Daraus folgt, 1) daß jetzt die Legate wie die Fideicommiſſe auch außer einem Teſtamente errichtet, 2) daß ſie einem jeden Honorirten, ſey er nun Erbe oder Vermächtnißnehmer, aufgelegt werden könne; ferner 3) daß das legatum partitionis jetzt mit dem fideicommissum hereditatis zuſammenfällt [94]).

94) Vergl. v. Löhr a. a. O. S 92.

§. 14.

Somit glaube ich dargethan zu haben, daß auch noch ſowohl nach dem ganzen Geiſte unſerer Lehre, als nach der Art, wie ſie in unſeren Quellen abgehandelt wird, die catonianiſche Regel, wenn auch nicht mehr als ein ſinguläres, doch als ein den Vermächtniſſen gemeinſames Inſtitut jetzt noch zur Anwendung kommen müſſe, und ihrem Weſen nach noch fortbeſtehe. —